ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)
15 de Janeiro de 2002 *

No processo C-43/00,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE, pelo Vestre Landsret (Dinamarca), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Andersen og Jensen ApS

e

Skatteministeriet,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes (JO L 225, p. 1),

* Língua do processo: dinamarquês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: P. Jann (relator), presidente de secção, S. von Bahr, A. La Pergola, L. Sevón e C. W. A. Timmermans, juízes,

advogado-geral: A. Tizzano,
secretário: H. von Holstein, secretário adjunto,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação de Andersen og Jensen ApS, por M. Serup, advokat,

— em representação do Skatteministeriet e do Governo dinamarquês, por J. Molde, na qualidade de agente, assistido por K. Lundgaard Hansen, advokat,

— em representação do Governo neerlandês, por M. A. Fierstra, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por H. P. Hartvig e H. Michard, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de Andersen og Jensen ApS, do Skatteministeriet e do Governo dinamarquês, bem como da Comissão, na audiência de 27 de Junho de 2001,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 11 de Setembro de 2001,

profere o presente

Acórdão

1 Por decisão de 9 de Fevereiro de 2000, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 14 de Fevereiro seguinte, o Vestre Landsret submeteu, nos termos do artigo 234.° CE, quatro questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes (JO L 225, p. 1, a seguir «directiva»).

2 Estas questões foram submetidas no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Andersen og Jensen ApS ao Skatteministeriet (Ministério das Contribuições e Impostos dinamarquês) a propósito do tratamento fiscal de uma entrada de activos.

O enquadramento jurídico do litígio no processo principal

A regulamentação comunitária

3 A directiva instaura um regime fiscal comum para as operações de fusão, cisão, entrada de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Nos termos do quarto considerando da directiva, o referido regime deve evitar a tributação de uma dessas operações, salvaguardando, no entanto, os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida.

4 A directiva prevê, no artigo 2.°:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por

[...]

c) 'Entrada de activos': a operação pela qual uma sociedade transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua actividade para outra sociedade, mediante entrega de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária da entrada;

[...]

i) 'Ramo de actividade': conjunto de elementos do activo e do passivo de um departamento de uma sociedade, que constituem, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios.»

5 O artigo 4.°, n.° 1, da directiva, que se aplica igualmente às entradas de activos por força do respectivo artigo 9.°, determina:

«A fusão ou a cisão não implicam qualquer tributação das mais-valias determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal.

Entende-se por:

— 'valor fiscal': o valor que teria sido fixado para o cálculo de um ganho ou de uma perda a considerar para efeitos de determinação da matéria colectável de um imposto sobre o rendimento, sobre os lucros ou sobre as mais-valias da sociedade contribuidora, se estes elementos do activo e do passivo tivessem sido vendidos no momento da fusão ou da cisão, mas independentemente destas operações;

— 'elementos do activo e do passivo transferidos': os elementos do activo e do passivo da sociedade contribuidora que, em consequência da fusão ou da cisão, sejam efectivamente afectos ao estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado-Membro da sociedade contribuidora e concorram para a formação dos resultados a tomar em consideração para a determinação da matéria colectável dos impostos.»

A regulamentação nacional

6 A fusionsskattelov (lei dinamarquesa relativa ao regime fiscal aplicável às fusões, *Lovbekendtgørelse* 1996-11-05, n.° 954) dispõe no § 15 c:

«1. As sociedades são tributadas, pela entrada de activos, nos termos do § 15 d, quando tanto a sociedade contribuidora como a sociedade beneficiária estiverem abrangidas pelo conceito de 'sociedade de um Estado-Membro' na acepção do artigo 3.° da Directiva 90/434/CEE. É condição para aplicação desta disposição a obtenção para esse efeito de uma autorização do Ligningsråd. O Ligningsråd pode fixar condições especiais para a autorização.

2. Entende-se por entrada de activos a operação pela qual uma sociedade transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua actividade para outra sociedade mediante a entrega de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária. Entende-se por ramo de actividade o conjunto de elementos do activo e do passivo do departamento de uma sociedade que constituam, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios.»

7 Os trabalhos preparatórios da fusionsskattelov (*Folketingstidende* 1991/92, suplemento A, colunas 495 e 514) referem nomeadamente o que se segue:

«A proposta de lei visa proceder às alterações à lei fiscal dinamarquesa necessárias para se conformar com a directiva relativa às fusões.

A proposta de lei visa também estabelecer normas, correspondentes às normas da directiva relativa às fusões, para a cisão, a entrada de activos e a permuta de acções respeitantes a sociedades domiciliadas na Dinamarca.

[...]

A 'entrada de activos' é definida no § 15 c, n.° 2, da mesma forma que no artigo 2.°, alínea c), da directiva relativa às fusões. 'Ramo de actividade' é definido da mesma forma que no artigo 2.°, alínea i), da directiva relativa às fusões.»

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

8 Resulta da decisão de reenvio que a recorrente no processo principal era inicialmente uma sociedade anónima de direito dinamarquês denominada Randers Sport A/S, que exercia uma actividade de distribuição por grosso e a retalho de artigos desportivos. Em 1996, com vista a operar uma sucessão de gerações, os accionistas da recorrente no processo principal criaram uma nova sociedade, a Randers Sport Nyt A/S, para a qual devia ser transferida a actividade da empresa. Resulta dos autos que o capital social da Randers Sport A/S ascendia a 300 000 DKK e o da Randers Sport Nyt A/S a 500 000 DKK. Sendo que os referidos accionistas desejavam que o capital próprio existente fosse, no essencial, preservado dos encargos que incidiriam sobre a actividade futura e continuasse na sociedade recorrente no processo principal, esta sociedade subscreveu um mútuo no valor de 10 milhões de DKK cujo produto devia reverter a seu favor, enquanto a respectiva obrigação financeira seria transferida para a Randers Sport Nyt A/S. Previu-se igualmente que as necessidades de tesouraria da Randers Sport Nyt A/S seriam cobertas por uma linha de crédito concedida por um estabelecimento financeiro que, em garantia, exigiria um penhor sobre o conjunto das acções representativas do capital social da referida sociedade. Por

outro lado, previu-se que a recorrente no processo principal conservasse um pequeno número de acções de uma terceira sociedade, que se encontrava, à época, em liquidação.

9 Por carta de 6 de Junho de 1996, a recorrente no processo principal pediu ao Ligningsråd, que constitui a autoridade superior administrativa dinamarquesa num conjunto de domínios respeitantes ao direito fiscal, autorização para proceder à entrada de activos programada, beneficiando da isenção fiscal prevista nos §§ 15 c e 15 d da fusionsskattelov.

10 Por carta de 20 de Novembro de 1996, o Ligningsråd respondeu que a autorização solicitada ficaria sujeita a duas condições cumulativas:

— que o produto do mútuo de 10 milhões de DKK e a correspondente dívida permanecessem globalmente na esfera da sociedade contribuidora ou fossem globalmente transferidos para a sociedade beneficiária da entrada de activos;

— que nem a sociedade contribuidora, nem os principais accionistas, que sejam pessoas singulares, nem terceiros prestassem garantias — sob a forma de caução, penhor, consignação ou equivalente — a favor da sociedade beneficiária da entrada de activos.

11 Em 15 de Março de 1997, a recorrente no processo principal interpôs, para o Vestre Landsret, recurso contra o Skatteministeriet, para que fosse controlada a legalidade das condições impostas pelo Ligningsråd.

12 O Vestre Landsret é de opinião de que, apesar de o litígio no processo principal se inscrever num contexto puramente nacional, o seu resultado depende da interpretação das normas comunitárias. Remete, a esse propósito, para os trabalhos preparatórios e para a redacção das disposições aplicáveis da fusionsskattelov, de que resulta que o legislador dinamarquês quis que tais disposições fossem objecto de aplicação uniforme nas operações nacionais e nas que respeitam a vários Estados-Membros. Baseando-se no acórdão de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161), é de parecer de que, nessas condições, o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar a título prejudicial.

13 O Vestre Landsret decidiu, portanto, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) As disposições da Directiva 90/434/CEE (directiva relativa às fusões) devem ser entendidas no sentido de que é contrário às mesmas, nomeadamente ao artigo 2.°, alíneas c) e i), o facto de as autoridades de um Estado-Membro se recusarem a considerar que uma medida é abrangida pelas disposições da directiva relativas à entrada de activos, quando a operação em causa implicar que o conjunto do património da sociedade contribuidora seja transferido para outra sociedade (sociedade beneficiária da entrada de activos), com excepção, por um lado, de um pequeno número de acções e, por outro, do capital de um empréstimo contraído pela sociedade contribuidora?

2) Deve ser dada resposta diferente à primeira questão se se admitir que a sociedade contribuidora contraiu o referido empréstimo para diminuir o valor líquido do património transferido para a sociedade beneficiária da entrada de activos, uma vez que o capital do empréstimo se manterá na sociedade contribuidora, enquanto a obrigação de pagamento do correlativo débito será suportada pela sociedade beneficiária?

3) Deve ser dada resposta diferente à primeira questão e/ou à segunda questão se se admitir que o referido empréstimo foi contraído para anteriores colaboradores da empresa, no âmbito de uma sucessão de gerações, poderem financiar a subscrição de acções da sociedade beneficiária da entrada de activos?

4) As disposições da directiva relativa às fusões e, nomeadamente, o seu artigo 2.°, alínea i), devem ser entendidas no sentido de que é a elas contrário subordinar o reconhecimento de que uma medida é abrangida pelas disposições da directiva relativas à entrada de activos à condição de que a sociedade contribuidora, os seus accionistas principais, pessoas singulares, ou ainda terceiros não prestem qualquer garantia a favor da sociedade beneficiária, sabendo-se que as futuras necessidades de tesouraria da sociedade beneficiária serão financiadas por um crédito de exploração concedido por uma instituição financeira, garantido pelo penhor das acções da sociedade beneficiária da entrada de activos?»

Quanto à competência do Tribunal de Justiça

14 Os Governos dinamarquês e neerlandês, bem como a Comissão, são de opinião de que, em conformidade com os princípios fixados no acórdão Leur-Bloem, já referido, o Tribunal de Justiça deve declarar-se competente para responder às questões prejudiciais. Apesar de a situação que deu origem à causa no processo principal não relevar directamente da directiva, o legislador dinamarquês decidiu, como resulta dos trabalhos preparatórios, aplicar às situações puramente internas o mesmo tratamento dado às abrangidas pela directiva e, com esta finalidade, alinhou pelo direito comunitário as normas que regem situações puramente internas.

15 A este propósito, recorde-se, a título preliminar, que, em conformidade com o artigo 234.° CE, o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar, a título prejudicial, sobre a interpretação do Tratado, bem como dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade.

16 Ora, é pacífico que o litígio no processo principal incide sobre uma disposição de direito nacional que se aplica num contexto puramente nacional.

17 No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio referiu que o legislador dinamarquês decidiu, quando da transposição para direito nacional das disposições da directiva, aplicar o mesmo tratamento às situações puramente internas e às regidas pela directiva, pelo que alinhou pelo direito comunitário as normas que regem as situações puramente internas. O órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que a interpretação dos conceitos de «entrada de activos» e de «ramo de actividade», considerados no seu contexto comunitário, é necessária para a resolução do litígio que lhe é submetido, que esses conceitos constam da directiva, que foram retomados na legislação nacional que a transpõe e que a sua aplicação foi alargada às situações puramente internas.

18 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quando, como no caso em apreço no processo principal, a legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar (acórdão Leur-Bloem, já referido, n.° 32).

19 Resulta das considerações que precedem que o Tribunal de Justiça é competente para interpretar as disposições da directiva, mesmo que não regulem directamente a situação em causa no processo principal. Cabe, portanto, responder às questões submetidas pelo Vestre Landsret.

Quanto às primeira, segunda e terceira questões

20 Com as suas primeira, segunda e terceira questões, que devem ser tratadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva deve ser interpretado no sentido de que há entrada de activos, na acepção da directiva, quando, por um lado, uma transacção prevê a manutenção, na esfera da sociedade contribuidora, do produto de um mútuo por esta contraído e a transferência, para a sociedade beneficiária da entrada de activos, das obrigações a ele atinentes, e, por outro, a sociedade contribuidora conserva um pequeno número de acções de uma terceira sociedade.

21 Segundo a recorrente no processo principal, deve responder-se pela afirmativa. Cabe atender essencialmente ao carácter autónomo da exploração composta pelos elementos do activo e do passivo transferidos, que não à exacta natureza desses elementos.

22 Os Governos dinamarquês e neerlandês, bem como a Comissão, sustentam, pelo contrário, que as disposições pertinentes da directiva devem ser interpretadas no sentido de que não pode haver dissociação entre o produto de um mútuo e a correspondente obrigação financeira. A proibição de uma cisão arbitrária entre esses dois elementos resulta da redacção do artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva,

que refere, por um lado, a transferência do conjunto dos elementos do activo e do passivo atinentes a um ramo de actividade e, por outro, uma contrapartida em títulos representativos do capital social.

23 O Governo dinamarquês remete, por outro lado, para o n.º 36 do acórdão Leur-Bloem, já referido, em que o Tribunal de Justiça julgou que as disposições da directiva se aplicam a todas as operações de entrada de activos, «independentemente dos seus fundamentos, quer sejam financeiros, económicos ou puramente fiscais».

24 A este propósito, resulta da redacção do artigo 2.º, alíneas c) e i), da directiva, bem como do artigo 4.º, n.º 1, da mesma, que uma entrada de activos deve, para ser abrangida pela directiva, incidir sobre o conjunto dos elementos do activo e do passivo atinentes a um ramo de actividade. De acordo com o artigo 2.º, alínea i), da directiva, só um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios pode constituir tal ramo de actividade.

25 Como expôs o advogado-geral no n.º 22 das suas conclusões, o legislador comunitário considerou, por isso, necessário que os elementos do activo e do passivo atinentes a um ramo de actividade sejam transferidos na sua globalidade. Ora, a manutenção, na esfera da sociedade contribuidora, do produto de um avultado mútuo por esta contraído e a transferência, para a sociedade beneficiária da entrada de activos, das obrigações daí resultantes implicam uma dissociação entre esses elementos.

26 Além disso, deve acrescentar-se que, no caso em apreço no processo principal, a sociedade contribuidora e a sociedade beneficiária da entrada de activos teriam obtido o mesmo resultado se esta última tivesse subscrito o mútuo e, a seguir, adquirido os activos da sociedade contribuidora em contrapartida, por um lado, das suas próprias acções e, por outro, do capital objecto do mútuo. Ora, tal transferência, que seria efectuada parcialmente a pronto, não constituiria uma entrada de activos na acepção da directiva.

27 Resulta do que precede que, no que respeita à operação de mútuo em causa no processo principal, não estão satisfeitas as exigências do artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva.

28 Quanto à circunstância de a sociedade contribuidora ter conservado um pequeno número de acções de uma terceira sociedade, basta reconhecer, como foi salientado no n.° 27 das conclusões do advogado-geral, que tal facto é susceptível de excluir a transferência do conjunto das actividades da sociedade contribuidora, mas não a transferência de um ramo de actividade sem relação com essa participação.

29 Deve, portanto, responder-se às primeira, segunda e terceira questões que o artigo 2.°, alíneas c) e i), da directiva deve ser interpretado no sentido de que não há entrada de activos, na acepção da directiva, quando uma transacção previr a manutenção, na esfera da sociedade contribuidora, do produto de um avultado mútuo por esta contraído e a transferência, para a sociedade beneficiária da entrada de activos, das obrigações a ele atinentes. A este respeito, é irrelevante que a sociedade contribuidora conserve um pequeno número de acções de uma terceira sociedade.

Quanto à quarta questão

30 Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, alínea i), da directiva deve ser interpretado no sentido de que pode igualmente existir uma exploração autónoma, isto é, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios, quando as futuras necessidades de tesouraria da sociedade beneficiária da entrada de activos tiverem de ser satisfeitas através de um crédito de exploração a conceder por uma instituição financeira que exige, nomeadamente, que os accionistas da sociedade beneficiária

da entrada de activos entreguem, em garantia, acções que representam o capital social dessa sociedade.

31 A recorrente no processo principal bem como a Comissão alegam que o artigo 2.°, alínea i), da directiva não permite considerar que uma operação escapa necessariamente ao âmbito de aplicação da directiva quando os accionistas da sociedade beneficiária da entrada de activos entregarem, em penhor, acções que representem o capital social da referida sociedade para garantir um crédito a esta concedido.

32 A recorrente no processo principal sustenta que a condição relativa ao carácter autónomo da exploração que constitui objecto da entrada de activos apenas exige que a sociedade beneficiária dessa entrada de activos disponha de capitais próprios e de possibilidades de crédito que lhe permitam subsistir. Segundo a recorrente no processo principal, a administração fiscal deve proceder a uma apreciação global de cada caso concreto.

33 Os Governos dinamarquês e neerlandês são igualmente de opinião de que a questão de saber se uma sociedade pode funcionar pelos seus próprios meios deve ser apreciada segundo as circunstâncias específicas da situação. No caso concreto do processo principal, dada a existência de uma importante dívida e o penhor do conjunto das acções que representam o capital social da sociedade beneficiária da entrada de activos, parece que esta não pode funcionar de forma autónoma, pelos seus próprios meios.

34 A este propósito, recorde-se que o artigo 2.°, alínea i), da directiva define o conceito de ramo de actividade como «o conjunto de elementos do activo e do passivo de um departamento de uma sociedade, que constituem, do ponto de vista organizacional, uma exploração autónoma».

35 Daqui resulta que o funcionamento autónomo da exploração deve ser apreciado, em primeiro lugar, de um ponto de vista funcional — os activos transferidos devem poder funcionar como uma empresa autónoma, sem necessidade, para esse efeito, de investimentos ou entradas suplementares — e somente, em segundo lugar, de um ponto de vista financeiro. O facto de a sociedade beneficiária de uma entrada de activos recorrer a um crédito bancário nas condições normais de mercado não pode, por si, excluir que a exploração recebida tenha carácter autónomo, mesmo quando o crédito seja garantido por accionistas da sociedade beneficiária da entrada de activos que dão as suas acções nessa sociedade como garantia do crédito concedido.

36 No entanto, o caso pode ser diferente quando a situação financeira da sociedade beneficiária da entrada de activos, considerada no seu conjunto, levar ao reconhecimento de que, muito provavelmente, não poderá sobreviver pelos seus próprios meios. Tal pode suceder quando os rendimentos da sociedade beneficiária da entrada de activos se afigurarem insuficientes comparativamente aos juros e às amortizações das dívidas assumidas.

37 A apreciação do carácter autónomo de uma exploração deve, no entanto, ser deixada ao órgão jurisdicional nacional, tendo em conta as circunstâncias particulares de cada caso concreto.

38 Deve, portanto, responder-se à quarta questão que cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se uma entrada de activos tem por objecto uma exploração autónoma, na acepção do artigo 2.°, alínea i), da directiva, isto é, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios, quando as futuras necessidades de tesouraria da sociedade beneficiária da entrada de activos tiverem de ser satisfeitas por um crédito de exploração a conceder por uma instituição financeira que exige, nomeadamente, que os accionistas da sociedade beneficiária da entrada de activos entreguem, em garantia, acções que representam o capital social dessa sociedade.

Quanto às despesas

39 As despesas efectuadas pelos Governos dinamarquês e neerlandês, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Vestre Landsret, por decisão de 9 de Fevereiro de 2000, declara:

1) **O artigo 2.°, alíneas c) e i), da Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, deve ser interpretado no sentido de que não há entrada**

de activos, na acepção da directiva, quando uma transacção previr a manutenção, na esfera da sociedade contribuidora, do produto de um avultado mútuo por esta contraído e a transferência, para a sociedade beneficiária da entrada de activos, das obrigações a ele atinentes. A este respeito, é irrelevante que a sociedade contribuidora conserve um pequeno número de acções de uma terceira sociedade.

2) Cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se uma entrada de activos tem por objecto uma exploração autónoma, na acepção do artigo 2.°, alínea i), da Directiva 90/434, isto é, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios, quando as futuras necessidades de tesouraria da sociedade beneficiária da entrada de activos tiverem de ser satisfeitas por um crédito de exploração a conceder por uma instituição financeira que exige, nomeadamente, que os accionistas da sociedade beneficiária da entrada de activos entreguem, em garantia, acções que representem o capital social dessa sociedade.

Jann von Bahr La Pergola

Sevón Timmermans

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 15 de Janeiro de 2002.

O secretário

R. Grass

O presidente da Quinta Secção

P. Jann